

Do:
Wykonawcy postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego

dotyczy: Tryb podstawowy nr TP.382.003.2024 EK – płyny infuzyjny (II)

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j.) udzielam wyjaśnień na zadane pytania:

PYTANIE NR 1

„Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 1:

1. Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach i wysokości:

a) za przekroczenie terminu dostawy w wysokości 0,1% ceny brutto opóźnionej części dostawy za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto opóźnionej części dostawy”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie dokona modyfikacji § 7 ust. 1 lit. a) projektu umowy.

PYTANIE NR 2: dotyczy projektu umowy §2 ust. 6

„Czy zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §2 ust. 6 wzoru umowy poprzez dodanie zdania: „chyba że inne okoliczności uzasadniają wystawienie większej ilości faktur (np. odrębne faktury dla środków kontrolowanych, dla produktów przewożonych w niskiej temperaturze oraz dla produktów zamawianych w ramach różnych umów łączących Wykonawcę z Zamawiającym).”? Z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa dostarczanych produktów, w niektórych przypadkach konieczne jest wystawienie odrębnej faktury dla niektórych grup leków. Dotyczy to tzw. środków kontrolowanych oraz leków przechowywanych i transportowanych w temperaturze kontrolowanej (tzw. zimny łańcuch). Taka konieczność podyktowana jest szczególnymi wymogami związanymi z przechowywaniem i transportem tych produktów.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §2 ust. 6 projektu umowy.

PYTANIE NR 3: dotyczy projektu umowy §3

„Prosimy o zmianę treści §3 projektu umowy poprzez modyfikację postanowienia ustanawiającego, że podstawą do wnioskowania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z uwagi na zmianę ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będzie zmiana o co najmniej 15% wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych opublikowanego przez Główny Urząd Statystyczny za kwartał poprzedzający kwartał w którym wystąpi podstawa wnioskowania, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że waloryzacja cen będzie możliwa po 6 miesiącach realizacji umowy jeśli kwartalny wskaźnik zmian cen i kosztów, obliczony zgodnie ze wskaźnikiem GUS (dla towarów i usług konsumpcyjnych) przekroczy 3,6%, albowiem aktualne postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Wskazujemy, że ustawowy obowiązek wprowadzania klauzul waloryzacyjnych do umów dostawy został wprowadzony przez ustawodawcę polskiego w konkretnych warunkach ekonomicznych, tj. w okresie kiedy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych wynosił poniżej 18%. Już przy takim poziomie inflacji ustawodawca uznał za stosowne ochronę Wykonawcy zamówienia publicznego poprzez zniwelowanie ryzyka wzrostu kosztów związanych z nabyciem towarów i realizacją dostaw zamówienia. Tymczasem w postanowieniach wzoru umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo do uwzględnienia waloryzacji cen wyłącznie w przypadku kiedy wartość zmiany cen materiałów lub kosztów wykonania zamówienia, w ciągu kwartału przekroczy 15%. Tak wygórowane wymaganie wskazuje, że Zamawiający zakłada, iż inflacja w Polsce może przekroczyć 60% w skali roku albo wprowadza klauzulę waloryzacyjną pozomą, która nigdy nie będzie mogła być zastosowana. Mając na uwadze powyższe wnioskujemy o wprowadzenie realnej, możliwej do zastosowania klauzuli waloryzacyjnej mającej odniesienie do faktycznej sytuacji ekonomiczno-gospodarczej w Polsce. Przyjmując dane z ubiegłego roku, za który wskaźnik zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszony przez GUS wynosi 14,4%, prosimy o wskazanie, że waloryzacja cen będzie możliwa po 6 miesiącach realizacji umowy jeśli kwartalny wskaźnik zmian cen i kosztów, obliczony zgodnie ze wskaźnikiem GUS (dla towarów i usług konsumpcyjnych) przekroczy 3,6%.

W tym miejscu – celem uzupełnienia treści uprzednio złożonego pytania – wskazujemy, że powyższy zarzut odnieść można również do §3 pkt 5) wzoru umowy, który także jawi się jako naruszający zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego. Dopiero zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy do 10% uznać będzie można za wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 4: dotyczy §5 ust. 6 projektu umowy

„Prosimy o modyfikację treści §5 ust. 6, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualne postanowienia §5 ust. 6 projektu umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, wyjaśnić należy, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy wskazane przez ustawodawcę przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 5: dotyczy §7 ust. 5 projektu umowy

„Do §7 ust. 5 projektu umowy prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna ma charakter bezsporny oraz wymagalny”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §7 ust. 5 projektu umowy.

DYREKTOR
Szpitala Wojewódzkiego w Koszalinie
mgr Piotr Sołtysiński